



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Maria Grohe und die weiteren Mitglieder Mag. Karoline Windsteig, Dr. Robert Zsifkovits, Kammer der Arbeiter und Angestellte Wien und Michael Hammer, Wirtschaftskammer Wien über die Berufung der Bw., W, T.Gasseyyy, vertreten durch Petronczki & Ft. WT OEG, 1190 Wien, Döblinger Hauptstraße 42/9 und Rechtsanwalt Dr. Heinz-T. H., Grillparzersraße 5/8, 1010 Wien, vom 18. Juni 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20 vertreten durch Dr. Edith Satovitsch, vom 16. September 2005 betreffend die Umsatzsteuer für das Jahr 2003 nach der am 24. Juni 2009 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungssenatsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben.

Der Bescheid betreffend die Umsatzsteuer für das Jahr 2003 wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgabe sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die mit Gesellschaftsvertrag vom 23. Jänner 2002 gegründet wurde und im streitgegenständlichen Wirtschaftsjahr 1. Feber 2002 bis 31. Jänner 2003 als Großhändlerin im Bereich der Telekommunikation tätig geworden ist. Ihr Gesellschafter Geschäftsführer war W. Z.. Die Bw.

bilanzierte ein den Zeitraum 1. Feber bis 31. Jänner betreffendes abweichendes Wirtschaftsjahr.

Das Finanzamt hat bei einer die Monate Februar 2002 bis Dezember 2002 umfassenden Umsatzsteuer-Sonderprüfung festgestellt, dass die Bw. in ihrem Rechenwerk unter anderem nachstehend angeführte Eingangsrechnungen über Lieferungen von „N. Mobiltelefonen“ des Unternehmens „B.GmbH“ erfasst und die in diesen Rechnungen gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 71.115,00 € in den USt- Voranmeldungen Juli und August 2002 als Vorsteuer geltend gemacht habe.

Datum	R.Nr.	Artikel	netto		brutto
17.7.2002	011/TL2	500 St. 8310 N. GSM	144.000,00 €	28.800,00 €	172.800,00 €
17.7.2002	012/TL2	500St. 8310 N. GSM	144.000,00 €	28.800,00 €	172.800,00 €
18.7.2002	0131TL2	150 St. 8310 N.	42.975,00 €	8.595,0 €	51.570,00€
23.8.2002	005/BAR4	200 St. 3410 N. GSM	24.600,00 €	4.920,00 €	29.520,00€
Gesamtbetrag			355.575,00 €	71.115,00 €	426.690,00 €

Die B.GmbH hätte im Streitzeitraum laut einem Firmenbuchauszug ihre Geschäftsanschrift in W.H.gassexy, gehabt. Aus einem Firmenbucheintrag vom 11. Feber 1999 gehe weiters hervor, dass an dieser Adresse auch die „O. – LV GmbH“ ihre Geschäftsanschrift gehabt hatte.

Die Abgabenbehörde erster Instanz übermittelte der Bw. am 4. März 2003 einen schriftlichen Vorhalt, in dem sie Unterlagen über den Erwerb der in Rede stehenden Mobiltelefone von der „B.GmbH“ und den anschließenden Verkauf an nachstehend noch dargelegte Abnehmer abverlangte. Gleichfalls hatte sie um Dokumentation der Waren- und Zahlungsbewegungen sowie des Anbahnungsvorganges der in Rede stehenden Geschäftsfälle ersucht.

Herr Z. teilte der Betriebsprüfung per e-mail am 6. Mai 2003 mit, dass über die oben vorgelegten Rechnungen weder Verträge noch Lieferscheine vorhanden seien. Er könne lediglich im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Umsätzen auf die Einleitung rechtlicher Schritte der Bw. durch ihren Anwalt Dr. Heinz H. gegen die „B.GmbH“ hinweisen. Herr Z. habe diesbezügliche Unterlagen der Behörde vorgelegt.

Aus dem Schriftverkehr im Zusammenhang mit dem erwähnten Rechtsstreit zwischen der „B.GmbH“ und der Bw. geht hervor, dass Rechtsanwalt Dr. Heinz T. H. im Auftrag der Bw. am 13. August 2002 schriftlich die „B.GmbH“ wegen Lieferverzuges von 2000 Stück Mobiltelefonen der Marke N. 8310 per 9. August 2002 zu Schadenersatzzahlungen aufgefordert habe. In einem Antwortschreiben an die Bw. vom 28. August 2002 hat Rechtsanwalt Dr. KL. mitgeteilt, dass es seitens der „B.GmbH“ keine Zusicherung eines fixen Liefertages gegeben hätte und es würde demnach kein Anspruch auf Schadenersatz entstanden sein.

Dr. H. verwies in einem weiteren Schreiben vom 25. September 2002 auf eine Fax-Nachricht der „B.GmbH“ vom 8. August 2002, in der dieser Liefertermin zugesichert worden sei und die Bw. eine Akontozahlung in Höhe von 20.000,00 ATS bezahlt habe. Im Schriftsatz vom 21. Oktober 2002 hielt Dr. KL. fest, dass die besagte Akontozahlung bereits rücküberwiesen worden wäre und weitere Bestellungen mit Herrn V., einem ehemaligen Mitarbeiter der Bw., vereinbart worden wären.

Der Geschäftskontakt im Bereich des Wareneinkaufes sei in der Weise erfolgt, dass die „B.GmbH“ mit Herrn Z. über Herrn Ö. telefonisch Kontakt hergestellt habe und Herr Ö. die Waren mit einem PKW (Mercedes oder BMW) transportiert und sie letztlich einem Lagermitarbeiter der Bw. (Herrn U.) übergeben habe.

Herr Z. gab überdies bekannt, dass die Bezahlung dieser Waren „cash“ bei der Warenübernahme erfolgt sei, indem er gemeinsam mit Herrn Ö. das Geld bar auf der Hausbank behoben und Letzterem übergeben habe. Herr Z. habe den zeitgleichen Weiterverkauf dieser Mobiltelefone an die Kunden der Bw. durchgeführt, die Bezahlung sei in diesen Fällen im Wege der Vorkassa erfolgt.

Die Bw. habe somit die Mobiltelefone am Tag des Erwerbes weiterverkauft. Diesbezüglich teilte Herr Z. der Betriebsprüfung mit, dass Siemens das Unternehmen „C.T.“ als möglichen Erwerber der Mobiltelefone empfohlen habe. Zu den Geschäftsabschlüssen zwischen der Bw. und dem Unternehmen „C.T.“ gebe es außer den Rechnungen keine weiteren Verträge und Lieferscheine. Die Lieferung sei mit einer Spedition sofort an die Kunden durchgeführt worden. Die Bezahlung sei im Wege der Vorkassa erfolgt. Günther V. ein ehemaliger Mitarbeiter der Bw. habe die Waren entgegengenommen. Weitere Erwerber der Mobiltelefone seien die Unternehmen „A.GmbH“ und „T.z.GmbH“ gewesen, über die Herr Z. keine Informationen geben habe können.

Auf die Frage, wie sich Herr Z. vergewissert habe, dass Herr Ö. für die „B.GmbH“ zeichnungs- und handlungsberechtigt gewesen sei, teilte Herr Z. schriftlich mit, dass er sich nicht informiert hätte, ob Herr Ö. Geschäftsführer gewesen sei, zumal er nur Waren vom besagten Unternehmen gekauft hätte. Sie hätten ständigen telefonischen, auch persönlichen Kontakt

gehabt und auf diese Weise Offerten, bis es schlussendlich zu den gegenständlichen Geschäftsabschlüssen gekommen sei, ausgetauscht.

Die Bw. habe den Weiterverkauf der Mobiltelefone an die „A.GmbH“ mit Herrn P., der im April 2002 dieses Unternehmen neu eröffnet habe, telefonisch bzw. im Wege des e-mails durchgeführt. So auch im Juli 2002 im Rahmen des Ein- und Verkaufes der 1000 Stück Mobiltelefone N. 8310 durch die Bw.

Den Veranlagungsakten sind weiters niederschriftliche Einvernahmen des Herrn Ö. vom 20. Feber 2004 und der Frau H.D. vom 19. November 2002 und vom 29. Oktober 2003 zu entnehmen. Frau H.D. sagte am 19. November 2002 aus, dass sie bei der O. LV GmbH beschäftigt gewesen sei und von der „B.GmbH“ niemanden kennen würde, sie jedoch gewusst habe, dass diese GmbH in der H.gassexy ihren Sitz gehabt hätte. Am 29. Oktober 2003 sagte sie vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz aus, dass sie ab dem 1. Juni 2002 bei der O. LV GmbH angemeldet gewesen wäre und von Beginn an Rechnungen für Herrn Ö. erstellt hätte. Sie habe Herrn E. phonetisch sehr schlecht verstehen können, sodass hauptsächlich Herr Ö. ihr diesbezügliche Anweisungen erteilt habe. Ihr Gehalt habe sie von Herrn J. ausbezahlt bekommen. Ihr sei mitgeteilt worden, dass Herr Ö. und Herr J. *„sich die Sache mit ihrem Gehalt untereinander ausgemacht hätten“*. H.D. habe mit E. wesentlich weniger Kontakt gehabt als zu Herrn Ö. und habe daher zu E.s Position in der B.GmbH nichts aussagen können. Sie habe die Rechnungen mit dem Namen „E.“ unterschrieben. Sie habe für die Erstellung der Rechnungen der B.GmbH Rechnungsformulare verwendet und über Anweisung des Herrn Ö. ausgefüllt.

Herr Ö. sagte am 20. Feber 2004 vor dem Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln aus, dass die Geschäfte mit der Bw. von Mt. vermittelt und von ihm bzw. Mt. mit Herrn Z. abgewickelt worden wären. Die Fakturierung über die „B.GmbH“ sei deshalb erfolgt, weil Mt. zum damaligen Zeitpunkt noch kein eigenes Unternehmen gehabt habe. Die Rechnungen habe Frau D, eine Sekretärin der O. LV GmbH in der H.gassexy ausgestellt. An den genauen Warenfluss könne sich Ö. nicht mehr erinnern, die Ware sei wahrscheinlich direkt von Deutschland oder Italien geliefert worden. Zu den Rechnungen vom 17. Juli 2002 Nr. 011 und 012/TL2 gab Ö. bekannt, dass weder er noch E. diese unterschrieben hätte und seines Wissens die B.GmbH keine Angestellte gehabt hätte. Die Klagsandrohung seitens der Bw. sei deshalb erfolgt, da Mt. und Ö. Schwierigkeiten mit der Lieferung der Mobiltelefone gehabt hätten.

Die Betriebsprüfung ging in ihrer Niederschrift vom 21. Mai 2003 von folgendem Sachverhalt aus:

a) Unternehmen B.GmbH („Lieferant“)

C E., Gesellschafter-Geschäftsführer der „B.GmbH“, gab niederschriftlich am 7. November 2002 bekannt, dass die „B.GmbH“ den Ein- und Verkauf von Waren aller Art insbesondere Mobiltelefonen und Ledermoden zum Gegenstand gehabt hätte. Das Geschäftslokal habe sich nach einer Firmenbucheintragung vom 7. November 2002 in 1070 Wien, K.gasse, befunden. Am 11. Mai 2002 wäre für die „B.GmbH“ die Unternehmensadresse W.H.gassexy eingetragen worden. E. gab weiters an, durch Bekannte wie z.B. D. S. und dessen Bruder G.i. von „dieser Art der Geschäfte“ gehört zu haben. G.i. habe E. sodann dieses Geschäft angeboten und ihn an S. verwiesen. E. habe keine Angaben über die Abwicklung des ersten Geschäftes ohne seinen Anwalt Mag. O A. KL., R.straße, geben wollen. Die streitgegenständlichen Waren seien jedoch weder durch ihn noch durch seine Gesellschaft an die Bw. geliefert worden. Darüber hinaus wäre ein Herr Ö. weder für ihn tätig geworden noch hätte dieser im Unternehmen der „B.GmbH“ eine Funktion innegehabt. Er würde ihn lediglich flüchtig als Lieferant (Vermittler von Waren) kennen. C E. hätte Ö. nicht beauftragt, Verträge und Geschäfte für die „B.GmbH“ abzuschließen. Ö. soll in Italien ein Unternehmen betrieben haben.

Aus diesen Feststellungen leitete die Betriebsprüfung ab, dass die „B.GmbH“ keine Verfügungsberechtigung über die gegenständlichen Mobiltelefone gehabt hätte.

Am 31. Oktober 2002 erstattete E. während der gegenständlichen USO Prüfung eine Selbstanzeige und legte USt- Voranmeldungen vor, die firmenmäßig nicht gezeichnet gewesen wären. Dem diesbezüglichen Aktenvermerk des Finanzamtes vom 18. November 2002 ist weiters zu entnehmen, dass die ausgewiesenen Bemessungsgrundlagen Entgelte über Lieferungen der in Rede stehenden Mobiltelefone betreffen würden, die nach Ansicht der Betriebsprüfung jedoch von Herrn Ö. ausgeführt worden seien. Die formelle Zwischenschaltung einer inländischen Gesellschaft diene nach Ansicht des Prüfers nur der Erstellung einer inländischen vorsteuerabzugsberechtigten Rechnung, die Herr Ö. angeblich im Auftrag der „B.GmbH“ ausgestellt habe.

b) Warenbewegungen

Im Prüfungsverfahren werde behauptet, dass Herr Ö. die Waren mit Fakturenpapier und Firmenstempel der „B.GmbH“ an die Bw. geliefert habe, die in der Folge die Mobiltelefone an nachstehende Unternehmen umsatzsteuerfrei weiterverkauft hätte:

Datum	Artikel (WEK)	Datum	Artikel (WVK)	Erwerber
17.7.2002	500 St. 8310	17.7.2002	1.000 St. N.	A.T.GmbH H

17.7.2002	500 St. N. GSM			
18.7.2002	150 St. 8310 N.	18.7.2002	150 St. 8310 N.	Tkm GmbH - D
23.8.2002	200St. 3410 N. GSM	27.8.2002	200 St. 3410 N. GSM	C.T. a.d.-CH

c) Stellungnahme des Geschäftsführers der Bw.:

Die Betriebsprüfung habe Herrn Z., Gesellschafter-Geschäftsführer der Bw., mehrmals eingeladen, Informationen über gegenständliche Transaktionen und Geschäftsabwicklungen bzw. Kontakthanbahnungen vorzulegen.

Herr Z. erklärte, dass Herr Ö. ihn im Zusammenhang mit dem Warenbezug telefonisch kontaktiert und die Waren mit seinem PKW transportiert habe. Herr Z. habe die Warenlieferung noch am gleichen Tag bar an Ö. bezahlt. Die Behebung der Geldbeträge erfolgte bei der Hausbank. Herr Z. stünde nach eigenen Angaben in persönlichem und telefonischem Kontakt mit Herrn Ö., er habe jedoch nicht überprüft, ob Herr Ö. tatsächlich als Geschäftsführer der B.GmbH tätig geworden sei.

Die Geschäftsanbahnung mit den Kunden der Bw. wäre in der Folge – ausgenommen jene mit der „T.z.GmbH“ - durch Herrn W. Z. persönlich erfolgt. Feststände jedoch, dass Herr Z. keine Unterlagen über den dargelegten Sachverhalt vorlegen könne.

d) Schlussfolgerungen der Betriebsprüfung

Die gegenständlichen Lieferungen an die Bw. seien nicht der Firma „B.GmbH“ sondern Herrn Ö., dem wirtschaftlichen Machthaber der in Streit stehenden Umsatzgeschäfte, zuzurechnen gewesen. Herr Ö. habe nach Ansicht der Betriebsprüfung auf das Unternehmen „B.GmbH“ lautende Rechnungen an die Abnehmer ausgehändigt und somit die Zwischenschaltung dieses Unternehmens als Rechnungsaussteller bewirkt. Dadurch habe Herr Ö. die Verschleierung der tatsächlichen Warenbewegung sowie die Ausstellung einer vorsteuerabzugsfähigen Rechnung bewerkstelligt, ohne dass die „B.GmbH“ in diesem Zusammenhang operativ und tatsächlich als Rechnungsaussteller in Erscheinung getreten wäre.

Das Finanzamt vertrat daher die Auffassung, dass Herr Ö. der tatsächliche Machthaber der in Streit stehenden Geschäfte gewesen sei und er demnach aus der Sicht seines in Italien existenten Unternehmens die gegenständlichen Lieferungen innergemeinschaftlich steuerfrei nach Österreich ausgeführt hätte. Aus diesem Grund sei nach Ansicht des Finanzamtes der

von der Bw. beantragte Vorsteuerabzug aus den eingangs genannten Rechnungen nicht anzuerkennen gewesen.

Auf Basis dieser Feststellungen hat die Abgabenbehörde erster Instanz am 22. Mai 2003 die Umsatzsteuer-Festsetzungsbescheide betreffend die Monate Juli und August für das Jahr 2002 erlassen und die Anerkennung der geltend gemachten Vorsteuerbeträge in Höhe von 71.115,00 € versagt. Diese Festsetzungsbescheide sind durch die Erlassung des Umsatzsteuerjahresbescheides für das Jahr 2003, vom 16. September 2005, (Wirtschaftsjahr 2/2002 bis 1/2003) aus dem Rechtsbestand getreten.

In der Berufung gegen die genannten Umsatzsteuerfestsetzungsbescheide brachte die Bw., vertreten durch ihren steuerlichen Vertreter vor, dass die Überprüfung ihres Unternehmens ausgehend von der „B.GmbH“ im Rahmen einer Kettenprüfung erfolgt sei, zumal dieses Unternehmen die vereinnahmte Mehrwertsteuer nicht an das Finanzamt abgeführt habe. Jedenfalls wären im Rahmen dieser Kettenprüfung auch die Geschäftspartner dieses Unternehmens geprüft, und in der Folge bei ihnen der aus den Lieferungen der „B.GmbH“ geltend gemachte Vorsteuerabzug nicht anerkannt worden. Es bestehe daher nach Auffassung der Bw. durchaus die Möglichkeit, dass die „B.GmbH“ im Mittelpunkt eines Vorsteuerkarussells gestanden wäre und die vereinnahmte Umsatzsteuer nicht abgeführt habe. Möglicherweise sei für die Untersagung des Vorsteuerabzuges auch ausschlaggebend gewesen, dass die nicht abgeführte Umsatzsteuer beim vorgenannten Unternehmen nicht mehr einbringlich gewesen sei.

Das Finanzamt sei aufgrund einer völlig absurden Aussage von C E., dem Geschäftsführer der „B.GmbH“, zur Auffassung gelangt, dass einerseits zwischen der Bw. und dem genannten Unternehmen keine Geschäftsbeziehung bestanden hätte, andererseits eine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung vorliege und die Bw. in diesem Zusammenhang ihre kaufmännische Sorgfaltspflicht verletzt habe.

Nach Ansicht der Bw. seien diese Annahmen nachweislich und belegbar unrichtig. Die Bw. habe über ihren Rechtsvertreter vor Eingehen der Geschäftsbeziehung mit der „B.GmbH“ durch Einsichtnahme in das Firmenbuch diese genau geprüft, indem Herr Z. sowohl die rechtliche Existenz der „B.GmbH“ verifizieren als auch ihre Umsatzsteuer-Identifikationsnummer überprüfen habe lassen. In diesem Zusammenhang könne ihr keine Verletzung einer kaufmännischen Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden.

Zur Chronologie der Geschäftsbeziehung mit der „B.GmbH“ gab die Bw. an, durch den Angestellten Herrn Ö. in Kontakt mit der „B.GmbH“ getreten zu sein. In den Geschäftsräumlichkeiten dieser Gesellschaft in W.H.gassexy, hätte W. Z. persönliche Verhandlungen mit Herrn Ö. geführt, wobei insgesamt der Eindruck entstanden wäre, dass

Herr Ö. dort nicht bloß anwesend, sondern einen eigenen Schreibtisch und ein eigenes Büro zur Verfügung gehabt hätte.

Der steuerliche Vertreter der Bw. erwähnte eine am 22. Juli 2002 um 13:00 Uhr an der oben genannten Geschäftsadresse stattgefunden Besprechung. Gewöhnlich seien die Geschäfte zwischen der Bw. und der „B.GmbH“ fernmündlich und per Fax abgewickelt worden, wobei Herr Ö. und die ebenfalls in diesem Büro tätige Sekretärin des Geschäftsführers C E., Frau H.D., Ansprechpartner der Bw. geworden wären. Frau D wäre Angestellte des Unternehmens gewesen. Der gesamte elektronische Verkehr sei von dieser Adresse aus geführt worden, sodass sich aus dieser Sicht die Behauptung des Geschäftsführers der „B.GmbH“ als unrichtig erweisen würde.

Die Bw. habe sogar in einem Geschäftsfall am 8. August 2002 ihren Rechtsvertreter eingeschaltet, weil die „B.GmbH“ nicht rechtzeitig liefern habe können und die Bw. bereits gegenüber einem anderen Geschäftspartner eine Lieferverbindlichkeit eingegangen sei. Die diesbezüglich mit Mag. O A. KL., Rechtsanwalt und Vertreter der „B.GmbH“ entstandene und der Berufung beigelegte Korrespondenz bestätige, dass Mag. O A. KL. im Jahre 2002 die „B.GmbH“ gegenüber C E. vertreten habe.

Die Bw. legte als Beweis folgende Unterlagen vor:

1. Bestätigungsfax des Unternehmens „B.GmbH“ vom 8. August 2002, gezeichnet i.A. von der Sekretärin H.D.
2. Schreiben des Rechtsvertreters der Bw. vom 13. August 2002 an die „B.GmbH“
3. Antwortschreiben von Rechtsanwalt Mag. KL. vom 28. August 2002
4. Schreiben des Rechtsvertreters der Bw. vom 28. September 2002
5. Antwortschreiben des Vertreters der „B.GmbH“ vom 21. Oktober 2002
6. Firmenbuchauszug des HG Wien

Zeugen: Mag. O KL., Rechtsanwalt, Z.straße und Dr. Heinz-T. H., Rechtsanwalt, G.straße.

Dass Transaktionen großteils im Wege der Barzahlung durchgeführt worden seien, seien Gepflogenheiten in dieser Branche, die der Prüfer, da er sie als befremdend beurteilte, nicht kennen würde. Zu Beginn einer Geschäftsbeziehung würden Barzahlungen üblich sein.

Begründend dazu führte die Bw. aus, dass sich die Partner zu diesem Zeitpunkt noch nicht entsprechend kennen würden und darüber hinaus würden beträchtliche Umsätze und Geldbeträge ein solches Vorgehen rechtfertigen. Weiters sei die Nachfrage immer innerhalb kürzester Zeit zu befriedigen, da große Handelsketten und der Mobilfunkbetreiber einzelne Handy-Typen immer wieder in Aktion anbieten würden, innerhalb weniger Tage darauf zu reagieren sei, widrigenfalls das Geschäft nicht abgewickelt werden könne. Es sei sohin in dieser Branche geradezu typisch, dass diese Geschäfte bar oder mit Vorkassa durchgeführt

würden. Hinzu komme, dass im konkreten Fall nur die ersten Geschäftsfälle mit der „B.GmbH“ abgewickelt worden seien. Das oben dargelegte Geschäft, das die „B.GmbH“ nicht erfüllt habe, sei gegen Vorkassa über ein Bankkonto (20.000,00 €) abgewickelt worden.

Unerklärlich sei in diesem Zusammenhang, dass bei der Prüfung der B.GmbH dieser Eingang auf dem Konto des genannten Unternehmens nicht festgestellt worden sei, bzw. die bezughabenden Rechnungen nicht ausgehoben worden seien. Die B.GmbH habe nämlich ordnungsgemäße auf ihren Firmennamen (mit Fakturenpapier und Firmenstempel) lautende Rechnungen über die Lieferungen der N.-Handys ausgestellt.

Wie den vorliegenden Rechnungen mit gesondertem Umsatzsteuerausweis entnommen werden könne, wären die Waren im Inland geliefert worden. Eine Warenbewegung von einem anderen Mitgliedstaat der EU nach Österreich sei somit nicht erfolgt. Desgleichen würde die Rechnung keine UID Nummer des Erwerbers und auch keinen Hinweis auf eine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung enthalten, was wiederum Voraussetzung für eine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung bzw. einen innergemeinschaftlichen Erwerb in Österreich gewesen wäre, sodass die von der „B.GmbH“ durchgeführten Lieferungen in keinem Fall als innergemeinschaftliche Lieferungen zu beurteilen gewesen wären.

Aus der Niederschrift über das Ergebnis der UVA-Prüfung ergebe sich, dass die Bw. die gelieferten Mobiltelefone inklusive gesetzlicher und in Rechnung gestellter Umsatzsteuer bezahlt habe. Die Bw. habe die Handys größtenteils an die A.GmbH nach H verkauft, die gesetzliche Umsatzsteuer in Rechnung gestellt und ordnungsgemäß an das Finanzamt abgeführt. Die gegenständlichen Lieferungen an die Bw. hätte die „B.GmbH“ ausgeführt und eine ordnungsgemäße Rechnung mit gesondert ausgewiesener Umsatzsteuer für eine tatsächlich erfolgte Lieferung im Inland ausgestellt, sodass der Vorsteuerabzug in Höhe von 71.115,00 € anzuerkennen sei. Von diesem Betrag würden 66.195,00 € auf die Vorsteuer betreffend das Monat Juli 2002 und 4.920,00 € auf die Vorsteuer betreffend August 2002 entfallen.

Die Betriebsprüfung nahm zur Berufung schriftlich Stellung und führte aus, dass eine Umsatzsteuer-Sonderprüfung für den Zeitraum Februar bis Dezember 2002 ergeben habe, dass die Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Eingangsrechnungen der „B.GmbH“ nicht erfüllt seien. Unter Hinweis auf die Niederschrift vom 21. Mai 2003 hielt die Betriebsprüfung erneut fest, dass die „B.GmbH“ im konkreten Fall nur vorgeschoben worden wäre, um den tatsächlichen Lieferanten der Mobiltelefone, Herrn Ö., zu verschleiern. Untermauert werde diese Feststellung durch Herrn Z., der niederschriftlich am 6. November 2002 ausgesagt habe, seine Kontaktperson für diese Lieferungen sei immer Herr Ö. gewesen, der sowohl die Logistik, als auch den

Zahlungsverkehr abgewickelt habe. Die Handelsware sollte laut Herrn Ö. aus Italien stammen. Ö. gab in der Einvernahme als Beschuldigter vor dem Landesgericht für Strafsachen Wien am 20. Februar 2004 an, dass die Fakturierung über das Unternehmen „B.GmbH“ nur deshalb erfolgt sei, weil ein Herr Mt. zum damaligen Zeitpunkt noch kein eigenes Unternehmen gehabt hätte. Die diesbezüglichen Rechnungen hätte eine Sekretärin im Büro einer LV gmbH in W.H.gassexy, mit der Firmenbezeichnung O. LV GmbH ausgestellt. Frau H.D. hätte in diesem Realitätenbüro als Angestellte gearbeitet, sie habe hingegen mit der „B.GmbH“ weder ein Dienstverhältnis begründet noch habe sie dort irgendeine gesellschaftsrechtliche Funktion bekleidet. Herr Ö. bestätigte überdies die vorhin beschriebenen Schwierigkeiten bei der Lieferung der Mobiltelefone, die Herr Mt. und er selbst zu verantworten gehabt hätten.

Zu der in der Berufungsschrift angeführten Banküberweisung in Höhe von 20.000,00 € gab die Betriebsprüfung an, dass es sich dabei um eine Anzahlung gehandelt habe, die in der Folge wieder rückabgewickelt worden sei. Sämtliche Liefergeschäfte wären durch Barzahlung oder Barscheck beglichen worden. Zusammenfassend werde demnach festgehalten, dass die „B.GmbH“ operativ im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Handylieferungen nicht in Erscheinung getreten sei und ihre Geschäftsführung im Inland nicht tätig gewesen wäre. Der eigentliche Ausführer der Lieferung wäre Herr Ö. gewesen, der sämtliche Geschäfte abgewickelt hätte.

Diesen Ausführungen entgegnete die Bw. am 24. März 2004 mit Hinweis auf bereits erwähnte Beweismittel, die den von ihr behaupteten Sachverhalt untermauern würden. Sie hielt erneut fest, dass sie nur zur „B.GmbH“ in Geschäftsbeziehung gestanden sei, ein Herr Ö. und eine Frau H.D. sich als am inländischen Firmensitz tätig gewordene Mitarbeiter der „B.GmbH“ ausgegeben hätten. Die Bw. habe niemals mit einem Herrn Ö. Geschäfte über Mobiltelefone abgewickelt bzw. hätte mit einem diesbezüglichen Herrn niemals Geschäfte abgeschlossen, da sie vor Eingehen ihrer Geschäftsbeziehung mit der „B.GmbH“ auch ihre Umsatzsteueridentifikationsnummer überprüft habe. Die Mitarbeiter Herr V. bzw. Herr Z. hätten Kontakt mit Herrn Ö. und Frau D gehabt, weil sie sich jedoch als Mitarbeiter der „B.GmbH“ vorgestellt und auch als solche deklariert hätten. Zahlungen der Bw. gingen nicht an Herrn Ö. bzw. Frau D sondern an die B.GmbH. Die Bw. habe auch nicht aus „Jux und Tollerei“ Korrespondenz und Anwaltschriftverkehr mit der „B.GmbH“ geführt, wenn sie nicht der Meinung gewesen wäre, ausschließlich mit diesem Unternehmen zu kontrahieren. Welche Funktion ein gewisser Herr Mt. gehabt hätte, bliebe dabei im Dunkeln.

Bezeichnend sei, dass sich die Betriebsprüfung auf eine Aussage des Herrn Ö. beziehe, obwohl mittlerweile bekannt geworden sei, dass dieser wegen eines Millionenschadens rechtskräftig verurteilt worden wäre. Wenn der Prüfer den Unternehmenssitz der O.- LV

GmbH an der Adresse W.H.gassexy, angenommen habe und überdies davon ausgeht, dass eine Sekretärin dieses Unternehmens die Rechnungen ausgestellt habe, so verschweige die Betriebsprüfung, dass es sich dabei um die persönliche Sekretärin des Eigentümers und Geschäftsführers der „B.GmbH“, Herrn C E., an diesem Firmensitz gehandelt habe.

Auch zeige ein Antwortschreiben des Anwaltes der „B.GmbH“ auf, dass die Bw. ausschließlich in einer Geschäftsbeziehung zur ihr gestanden wäre.

Richtig sei, dass die Bw. an die „B.GmbH“ eine Anzahlung in Höhe von 20.000,00 € geleistet habe und diese von der genannten Firma auch an die Bw. rücküberwiesen worden sei, weil die „B.GmbH“ ihre Lieferzusage nicht eingehalten hätte. All das seien Argumente, die jedoch völlig seitenverkehrt verwendet worden seien, da sie tatsächlich das bestätigen würden, was die Bw. im gesamten Verfahren immer wieder behauptet hätte. Unrichtig sei die Äußerung, dass es nur Barzahlung oder Barschecks gegeben habe, wobei die Bw. ausführlich in ihrer Berufung darauf hingewiesen hätte, warum diese Liefergeschäfte mit Mobiltelefonen sehr rasch und prompt abgewickelt werden müssten.

Weiters wies die Bw. darauf hin, dass Herr Z. persönlich Herrn Ö. in den Geschäftsräumlichkeiten der „B.GmbH“ angetroffen habe, der dort in einem Büro an einem eigenen Schreibtisch gesessen sei. Demnach habe sich für die Bw. kein Verdacht erhoben, nicht mit der „B.GmbH“ in Geschäftsbeziehung zu stehen. Dem Firmenbuchauszug der „B.GmbH“ sei zu entnehmen, dass diese bereits sechsmal ihren Firmensitz verlegt habe. Auf die nahe liegende Idee, dass die „B.GmbH“ schlicht und einfach die ihr bezahlte Umsatzsteuer nicht abgeführt habe, bzw. nicht abführen wollte und sie daher wahrheitswidrige Schutzbehauptungen aufgestellt hätte, sei die Betriebsprüfung nicht gekommen. Letztlich begehrte die Bw. die Einvernahme ihres Steuerberaters, und zwar Ing. Mag. J Ft. und stellte den Antrag auf Übermittlung der Aussagen des Robert Ö., des Carlos E. und der H.D. zur Stellungnahme.

Der unabhängige Finanzsenat übermittelte der Bw. am 13. März 2009 eine Aufforderung zur Stellungnahme zu nachfolgend dargelegten Sachverhaltsfeststellungen:

„Im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Umsatzgeschäften mit Mobiltelefonen hat das Landesgericht für Strafsachen Wien in seinem Urteil vom 20. März 2004 folgende Sachverhaltsfeststellungen festgehalten:

Herr Ö. habe neben anderen Delikten zumindest zwischen Mai 2002 und Mai 2003 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem ebenfalls strafrechtlich verfolgten C E. als Geschäftsführer der „B.GmbH“ vorsätzlich eine Verkürzung der Umsatzsteuer bewirkt, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Auf Seite 6 des Urteils des Landesgerichtes Wien, wäre Ö. von Anbeginn darauf Bedacht gewesen, einerseits die anfallende Umsatzsteuer nicht abzuführen und andererseits an unberechtigten Vorsteuerabzügen zumindest zu partizipieren. In der Hauptverhandlung vor Gericht bekannte sich Herr Ö. schuldig. In der Einvernahme als

Beschuldigter vor dem Landesgericht am 20. Februar 2004 gab Herr Ö. an, dass die Fakturierung über das Unternehmen „B.GmbH“ nur deshalb erfolgt sei, weil ein Herr Mt. zum damaligen Zeitpunkt noch kein eigenes Unternehmen gehabt hätte. Die diesbezüglichen Rechnungen hätte eine Sekretärin im Büro einer LV- GmbH in W.H.gassexy, mit der Firmenbezeichnung O. ausgestellt. Frau H.D. hätte in diesem Realitätenbüro als Angestellte gearbeitet, sie habe hingegen mit der „B.GmbH“ weder ein Dienstverhältnis begründet, noch habe sie dort irgendeine gesellschaftsrechtliche Funktion bekleidet.

Der Unabhängige Finanzsenat hält weiters fest, dass die auf den streitgegenständlichen Rechnungen und Fax-Nachrichten der „B.GmbH“ angegebenen Telefon- und Faxnummern nach den Eintragungen im Telefonbuch nicht dieser sondern einem Liegenschaftsverwertungsunternehmen in der H.gassexy 16, 1010 Wien, zuzuordnen waren.

Zum Nachweis der tatsächlichen Ausführung und Bezahlung der Umsätze wird um Vorlage sämtlicher Unterlagen der oben dargestellten Geschäftsfälle (Eingangs- Ausgangsrechnungen, Bestellungen, Schriftverkehr) ersucht. Wie und an wen wurde jede einzelne Rechnung bezahlt?

Die Vorlage des Firmenbuchauszuges ist erforderlich, den sich die Berufungswerberin vor Geschäftsaufnahme zur Überprüfung der „B.GmbH“ und ihrer UID Nummer besorgt hat.

Hat die Berufungswerberin im streitgegenständlichen Zeitraum Wareneinkäufe in dieser Größenordnung auch von anderen Lieferanten als der „B.GmbH“ erhalten bzw. Warenverkäufe an andere als die oben genannten Erwerber ausgeführt. Wurde dabei die Ware ebenso von Auto zu Auto umgeladen? Die Vorlage schriftlicher Unterlagen oder anderer Beweismittel über solche Geschäftsbeziehungen ist erforderlich.

H.D., Angestellte der O. GmbH, W.H.gassexy, gab zeugenschaftlich am 29. Oktober 2003 vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Auftrag des Landesgerichtes für Strafsachen Wien an, dass sie bereits ab Juni 2002 über Anweisung des Ö. Rechnungen und Lieferscheine für die „B.GmbH“ erstellt hätte. Sämtliche dafür notwendige Daten seien ihr dazu von Ö. übermittelt worden. Sie hätte sogar E. einschulen müssen, E. habe sich aber nicht sonderlich für die Rechnungsausstellung interessiert, er hätte auch keine Ahnung von der Bedienung eines PCs oder dem Arbeiten mit Excel gehabt. Weiters gab sie an, dass sie über Anweisung von Ö. Rechnungen der „B.GmbH“ mit der Unterschrift des E. versehen hätte“.

Am 23. Juni 2009 langte beim unabhängigen Finanzsenat eine Stellungnahme des steuerlichen Vertreters der Bw. wie folgt ein:

„Einige der in den Punkten 1 bis 7 gemachten Vorbehalte sollten ohnehin durch unser bisheriges Vorbringen und die von uns vorgelegten Beweisurkunden ausreichend beantwortet sein. Dessen ungeachtet stehen wir nicht an, hier die entsprechenden Veranlassungen und Wiederholungen zur Vorbereitung der Verhandlung vom 24.06.2009 zu treffen.

Einleitend erlauben wir uns nochmals, darauf hinzuweisen, dass es wohl dem für uns zuständigen Finanzamt mittlerweile klar geworden sein dürfte, dass unser Betriebsgegenstand und auch Existenzgrundlage der Handel mit Telekommunikationsgeräten und Zubehör ist. Ein wesentlicher Beitrag zu unserem Geschäftserfolg sind unsere Verbindungen, die es uns ermöglichen kurzfristig große Mengen von Mobiltelefonen einer bestimmten Marke und eines bestimmten Typs „aufzutreiben“ und weiter zu veräußern. Grund dafür ist - wie hoffentlich auch mittlerweile allgemein bekannt sein müsste -, dass Mobil- bzw. Netzbetreiber immer wieder Sonderaktionen starten, um Teilnehmer zu werben bzw. zu akquirieren. Bestandteil dieser Aktivitäten ist, dass bei einer gewissen vertraglichen Bindung dem Kunden ein stark verbilligtes bzw. kostenloses Mobiltelefon einer bestimmten Type zugesichert wird. Um diesbezüglich den Bedarf abdecken zu können und im Geschäft zu bleiben, müssen wir innerhalb kürzester Zeit eine ungeheure Nachfrage nach einem bestimmten Mobiltelefon erfüllen. Dies bedeutet, dass diese Geschäfte (Ankauf und Weiterverkauf der Mobiltelefone)

innerhalb weniger Tage abgewickelt werden müssen, wodurch sich die Notwendigkeit ergibt, diese Geschäfte zur eigenen Absicherung ausschließlich gegen Vorkasse bzw. Barzahlung bei Lieferung abzuwickeln. Bei einer derartigen Auftragssumme würde ein Ausfall oder Unterbleiben der Zahlung katastrophale wirtschaftliche Auswirkungen haben.

Genauso mussten unter diesem Druck auch die Geschäfte mit der Firma B.GmbH abgewickelt werden. Dies war und ist übliche Praxis und haben wir aus unserer Buchhaltung folgende Daten entnehmen können:

Von unseren Kunden wurden in den angeführten Jahren nachfolgende Umsätze in Form von „Barzahlungen“ getätigt:

2004: € 2.197.267,00

2005: € 2.684.456,00

2006: € 2.794.885,00

2007: € 2.204.692,00

In der nachfolgenden Stellungnahme wird der Übersichtlichkeit der Nummerierung der einzelnen Vorbehalte gefolgt:

Zu Punkt 1:

Auch von unserer Seite besteht heute kein Zweifel mehr daran, dass es sich bei den Herrschaften Robert Ö. und C E. um gerissene Betrüger handelt. Dessen ungeachtet haben wir die hier verfahrensgegenständlichen Rechtsgeschäfte ausschließlich mit der Firma B.GmbH abgewickelt. Ein Herr Mt. ist uns unbekannt und haben wir zu diesem weder damals noch heute irgendeine Geschäftsbeziehung gehabt.

Wir verweisen daher zum wiederholten Male darauf, dass Herr Robert Ö. uns gegenüber als Angestellter der B.GmbH aufgetreten ist. Desgleichen hat sich als persönliche Sekretärin des Geschäftsführers C E. Frau H.D. vorgestellt. Wir haben auch niemals ein Rechtsgeschäft mit der ebenfalls in der H.gasse 16/ 11, 1010 Wien, etablierten Firma O. - LV GmbH abgeschlossen. Wir haben bereits in unserer Gegenäußerung vom 24.03.2004 (1) zwei historische Firmenbuchauszüge vorgelegt.

Wir legen diese historischen Firmenbuchauszüge gerne nochmals vor und dürfen diese mit einem weiteren historischen Firmenbuchauszug vom 17.10.2005 ergänzen. Faktum ist, dass die Firma B.GmbH zum damaligen Zeitpunkt eindeutig in 1010 Wien, H.gasse 16/ 11, etabliert war.

Wir haben noch am 17.07.2002 über unseren Anwalt verifizieren lassen, dass diese Gesellschaft auch existiert und im Firmenbuch eingetragen ist. Damals ist allerdings nicht aufgefallen - was im Übrigen bemerkenswert ist -, dass die Firma B.GmbH insgesamt fünfmal ihren Firmensitz bis zur Insolvenz verlegt hat. Aus den nochmals vorgelegten historischen Firmenbuchauszügen ergibt sich, dass die Firma B.GmbH im Zeitraum 06.05.2002 bis 01.10.2002 in W.H.gasse, etabliert war. Dass mit derselben Geschäftsanschrift auch eine weitere Firma (A.) dort ihren Firmensitz hatte, ist an sich nichts ungewöhnliches. Wir möchten ausdrücklich darauf verweisen, dass tatsächlich die Firma B.GmbH an dieser Anschrift physisch existent war und Herr Robert Ö. in den Firmenräumlichkeiten der Firma B.GmbH einen eigenen Schreibtisch gehabt hat, desgleichen selbstverständlich Frau H.D.. Wenn vorgehalten wird, dass Frau H.D. in keinem Dienstverhältnis zur B.GmbH gestanden ist, so ist dies eine glatte Lüge. Frau H.D. hat sich uns als persönliche Sekretärin von C E. vorgestellt. Wir haben dazu auch umfangreiche Korrespondenz bereits vorgelegt. Warum das geschätzte Finanzamt diesbezüglich keine Erhebungen durchgeführt hat, bleibt für uns im Dunkeln. So hätte man ohne weiteres die damaligen Geschäftsführer der Firma „O.“ befragen können, nämlich Herrn Mag. A K, geb. aagghh, bzw. Herrn Klemens J., geb. eertrt. Diese beiden Herrschaften hätten auch bestätigen müssen, dass zum nämlichen Zeitpunkt in diesen

Firmenräumlichkeiten die Firma B.GmbH etabliert war und Frau H.D. uns gegenüber ausschließlich als Angestellte dieser Gesellschaft aufgetreten ist.

Es ist bezeichnend, dass man hier Aussagen von gerissenen Betrügern zum Anlass nimmt, den von uns zu Recht in Anspruch genommenen Vorsteuerabzug abzuerkennen, und die von uns vorgelegten Beweisurkunden, aus denen sich eindeutig das Gegenteil ergibt, vollständig ignoriert.

Obwohl wir im Verfahren vor unserem Finanzamt immer wieder darum gebeten haben, uns bezüglich der Verfahren gegen Ö. und E. zu informieren bzw. mitzuteilen, welche anderen Unternehmen durch diesen massiven Umsatzsteuerbetrug noch betroffen waren, ist dies nicht erfolgt. Aufgrund des Datenschutzes ist es uns leider nicht möglich, in Erfahrung zu bringen, wo Frau H.D. tatsächlich angemeldet war bzw. welche anderen Unternehmen noch von der Firma B.GmbH zumindest in diesem Zeitraum beliefert wurden, da es sich, wie sich dem Vorhalt entnehmen lässt, um einen Millionenbetrug gehandelt hat.

Es wird daher ausdrücklich gestellt der

ANTRAG,

endlich bekannt zu geben, welche anderen Unternehmen noch mit der Firma B.GmbH im Zeitraum Mai bis Oktober 2002 kontrahiert haben und wie bei diesen Unternehmungen von Seiten der Firma B.GmbH vorgegangen wurde.

Bei unserem Finanzamt stand von Anfang an die Tendenz im Vordergrund, sich vom anständigen Kaufmann die nicht abgeführte Umsatzsteuer zurückzuholen, da bei den Betrügern offensichtlich nichts zu holen war. Dabei hat sich das Finanzamt weit von einem fairen und objektiven Verfahren uns gegenüber entfernt. So hat man uns auch die Möglichkeit genommen, die Vertretungsorgane anderer betroffener Unternehmen als Zeugen dafür zu führen, dass auch diese „gutgläubig“ mit der Firma B.GmbH kontrahiert haben.

Beweis:

- historischer Firmenbuchauszug der Firma B.GmbH vom 23.04.2003 (Beilage /.1)
- historischer Firmenbuchauszug der Firma B.GmbH in Liquidation vom 17.10.2005 (Beilage /.2)
- historischer Firmenbuchauszug der Firma O. - LV GmbH vom 23.03.2004 (Beilage /.3)

Ergänzend möchten wir darauf hinweisen, dass wir selbst alles unternommen haben, die verantwortlichen Personen zur Rechenschaft zu ziehen, und hat unser Rechtsanwalt unter anderem festgestellt, dass Herr C E., geb. tt.mm.1958, an der Geschäftsadresse Dr.K.platz, 1010 Wien, unter der Firma E. OEG einen Eissalon betrieben hat.

Wir selbst haben die Firma B.GmbH auf Schadenersatz geklagt, weil ein Nachfolgegeschäft trotz fixer Lieferzusage nicht erfüllt wurde.

Beweis:

- Akten AAA.J.K.L. des BG für Handelssachen Wien und yyy.xxx. des BG Fünfhaus

Es bedarf keiner gesonderten Erwähnung, dass unsere Bemühungen ohne Erfolg geblieben sind, da die Firma B.GmbH i.L. unauffindbar war.

Zu Punkt 2:

Dieser Vorhalt ist unrichtig. Auf dem Firmenpapier der Firma B.GmbH scheinen die Telefonnummern gggfff bzw. Fax 000uuuu auf und hat sich unter der vorgenannten

Telefonnummer auch die Firma B.GmbH gemeldet bzw. auch die Faxe unter der Klappe 99 erhalten.

Beweis:

- die vorgelegte Korrespondenz sowie Rechnungen

Zu Punkt 3 und 4:

Mit der Firma B.GmbH hatten wir nur eine kurze Geschäftsbeziehung, die damit endete, dass die Firma B.GmbH vertragsbrüchig geworden ist und trotz garantiertem Liefertermin das Rechtsgeschäft nicht erfüllt hat, sodass wir unsererseits nicht weiterverkaufen konnten. Die Rechnung Nr. 011 /TL2 vom 17.07.2002 der Firma B.GmbH und unsere Rechnung an die Firma a.l.o. vom 17.07.2002 haben wir bereits mit unserer Berufungsschrift vom 18.06.2003 vorgelegt. Bei einigem logischen Denkvermögen hätte auch das Finanzamt erkennen können, dass wir nicht einerseits die Mehrwertsteuer an die Firma B.GmbH bezahlen und andererseits von unserem Kunden die Umsatzsteuer bezahlt bekommen und diese auch pünktlich abführen, wenn wir nicht (damals) absolut sicher gewesen wären, dass es sich um eine seriöse Geschäftsgebarung handelt. Aus dem zeitlichen Nahverhältnis der beiden Rechnungen und der Lieferungen zeigt sich schon, unter welchem Zeitdruck solche Geschäfte finalisiert werden müssen, sodass hier jedenfalls die Bezahlung vorab bzw. in bar bei Lieferung notwendig ist.

Im Zuge des Rechtsstreites mit der Firma B.GmbH sind wir auch zufällig auf eine Firma U.O. Handelsagentur gestoßen, die mit der Firma B.GmbH gleichartige Geschäfte abgewickelt hat. Wir haben daher auch die uns freundlicherweise zur Verfügung gestellte Korrespondenz und die Bezug habende Rechnung mit Schriftsatz vom 28.07.2005 vorgelegt.

Ergänzend wird die Rechnung der Firma B.GmbH Nr. 012/TL2 vom 17.07.2002 nachgereicht. Die übrigen Rechnungen waren z. T. überhaupt nicht verfahrensgegenständlich, jedoch werden wir diese nochmals ausheben lassen und zur Verhandlung mitbringen.

Beweis:

- wie bisher, Rechnung 012/TL2 vom 17.07.2002 (Beilage ./4)

Zu Punkt 5:

Wir haben am 17.07.2002 über unseren Anwalt verifizieren lassen, dass die Firma B.GmbH ordnungsgemäß im Firmenbuch eingetragen ist. Die Überprüfung der UID-Nummer haben wir selbst vorgenommen und die diesbezügliche Anfrage auch bereits mit der Berufungsschrift vom 18.06.2003 vorgelegt.

Zu Punkt 6:

Diesbezüglich dürfen wir auf unsere eingangs gemachten Ausführungen verweisen. Selbstverständlich werden auch von anderen Lieferanten kurzfristig große Mengen von Mobiltelefonen eingekauft und weiterveräußert. Bestellung, Lieferung, Bezahlung und Weiterverkauf etc. spielt sich innerhalb weniger Tage ab. Die von der Firma B.GmbH bezogenen Mobiltelefone wurden auch von dieser an unsere Firmenadresse geliefert.

Zu Punkt 7:

Hier können wir nur darauf verweisen, dass die Zeugin H.D. entweder vor der Finanzstrafbehörde 1. Instanz gelogen oder aber uns vorsätzlich hinters Licht geführt hat. H.D. hat sich uns gegenüber - wir halten dies zum wiederholten Mal fest - als persönliche Sekretärin der Geschäftsführung, also des Herrn C E., vorgestellt, detto hat Robert Ö. sich als Angestellter der Firma B.GmbH geriert. Unser Geschäftsführer W. Z. war persönlich im Büro der Firma B.GmbH anwesend und hat persönlich mit dem Geschäftsführer über die

Geschäftsbeziehung bzw. die Lieferung der Mobiltelefone verhandelt, sodass nicht ganz klar ist, was die Zeugin H.D. mit „Einschulung“ des Herrn E. meint. Es gibt eine Unzahl von Korrespondenz, insbesondere Faxen, aus denen sich eindeutig ergibt, dass sowohl H.D. als auch Robert Ö. für die Firma B.GmbH tätig waren und sich als solche auch mit ihrer Unterschrift auf dem Briefpapier der Firma B.GmbH deklariert haben. Ob die arme Zeugin H.D. auch noch im Auftrag von Herrn Robert Ö. Unterschriften gefälscht hat, entzieht sich unserer Kenntnisnahme.

Im Dunkeln bleibt freilich, warum bei einem derartigen Sachverhalt das Finanzamt 3/11 auch noch ein Strafverfahren gegen unseren Geschäftsführer W. Z. einleitet. Dieser Einleitungsbescheid wurde freilich vom UFS mit Entscheidung vom 11.03.2009 zu GZ FSRV/0061-W/04 aufgehoben.

Wir halten daher unsere Anträge vollinhaltlich aufrecht."

In der am 24. Juni 2009 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung erläuterte der steuerliche Vertreter sein bisheriges Vorbringen und führte ergänzend aus, dass es sich bei den Mobiltelefongeschäften um Tagesgeschäfte handle. Die Bw. kaufe erst Mobiltelefone ein, wenn sie einen Kunden habe. Es gebe keinen Lieferschein, keine langen Bestellungen, die Mobiltelefongeschäfte müssten am selben Tag oder innerhalb weniger Tage abgewickelt werden. Für bestimmte Mobiltelefone gebe es sogar einen Tagespreis.

Herr Z. brachte vor, dass die Bw. die Unternehmen M., P, Ä., Nm. usw. beliefere. Wenn die genannten Unternehmen eine Werbeaktion für ein bestimmtes Produkt beginnen, bestelle die Bw. dieses Mobiltelefon bei N.. Falls diese Aktion besser ankomme als geplant, würde die Bw. vom Zentraleinkäufer der genannten Unternehmen (M. usw.) über den höheren Bedarf dieser Mobiltelefone informiert werden. In diesem Fall schicke Herr Z. ein Rundmail an 30 bis 40 Unternehmen in dieser Branche und es komme zu Geschäftsanbahnungen ohne dass Einkaufsverträge abgeschlossen werden. Die meisten dieser Unternehmen hätten ihren Sitz in Deutschland und in der Schweiz, Herr Z. sei anlässlich der Geschäftsabwicklungen bei keiner dieser Firmen persönlich in deren Büroräumlichkeiten anwesend gewesen. Die Bezahlung erfolge zuerst im Wege der Vorkassa und danach, wenn ein bestimmtes Vertrauensverhältnis zum jeweiligen Geschäftspartner bestehe, werde das Zahlungsziel „innerhalb von zwei Wochen“ vereinbart.

Die Mobiltelefone würden in diesen Fällen auch preislich günstiger als bei N. eingekauft werden. Für ein Handy, das in Österreich sehr gefragt sei, müsse die Nachfrage in Deutschland nicht so groß sein. Diese Geschäfte seien dringend und würden die Weiterlieferungen meistens noch am selben Tag durchgeführt werden. Techniker der Bw., die Profis seien, überprüfen stichprobenartig die gelieferte Ware und könnten sofort entscheiden, ob eine Fälschung vorliege.

Die Bw. habe mit N., M. usw. Einkaufsverträge, jedoch nicht mit anderen Großhändlern dieser Branche.

N. biete den Letztverbrauchern eine europaweite Garantie, die Bw. würde in Reklamationsfällen ihre Kunden an das Unternehmen N. weiterleiten und selbst keine Haftung übernehmen.

Das Unternehmen der Bw. habe am 1. März 2002 ihre Tätigkeit mit sieben Mitarbeitern begonnen. Mittlerweile sei die Anzahl der Mitarbeiter auf 40 gestiegen. Aus finanziellen Erwägungen habe die Bw. erst ab dem Jahre 2003 einen Scanner angeschafft, um die „IMEI Nummern“ der Mobiltelefone aufzuzeichnen. Herr Z. habe das Unternehmen der Bw. aus dem „Nichts“ aufgebaut, weshalb er im Jahre 2002 in der Anfangsphase für eine solche EDV-Ausstattung kein Geld von der Bank erhalten hätte.

Über die Berufung wurde erwogen:

In verfahrensrechtlicher Sicht ist auszuführen, dass das Finanzamt am 16. September 2005 den Umsatzsteuerjahresbescheid für das Jahr 2003 erlassen hat, demnach die Bescheide über die Festsetzung der Umsatzsteuer für die Monate Juli und August 2002 durch die Erlassung des Umsatzsteuerjahresbescheides gemäß § 21 Abs. 4 UStG 1994 nicht mehr dem Rechtsbestand angehören. Nach der jüngsten höchstgerichtlichen Rechtsprechung tritt der Jahresbescheid, durch den die Umsatzsteuerfestsetzungsbescheide aus dem Rechtsbestand ausscheiden auch im Sinne des § 274 erster Satz BAO an ihre Stelle (VwGH 4.6.2008, 2004/13/0124). Somit gilt die verfahrensgegenständliche Berufung gemäß § 274 BAO auch gegen den am 16. September 2005 erlassenen Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2003 gerichtet.

Im Berufungsfall gilt es zu beurteilen, ob der Bw. zu Recht der Vorsteuerabzug aus den unten genannten Rechnungen über N. Mobiltelefone, in der die „B.GmbH“ als Lieferantin ausgewiesen ist, zusteht.

Übersicht:

Datum	R.Nr.	Artikel	netto		brutto
17.7.2002	011/TL2	500 St. 8310 N. GSM	144.000,00 €	28.800,00€	172.800,00 €
17.7.2002	012/TL2	500St. 8310 N. GSM	144.000,000 €	28.800,00 €	172.800,00 €

18.7.2002	0131TL2	150 St. 8310 N.	42.975,00 €	8.595,0 €	51.570,00 €
23.8.2002	005/BAR4	200 St. 3410 N. GSM	24.600,00 €	4.920,00 €	29.520,00 €
Gesamtbetrag			355.575,00 €	71.115,00€	426.690,00 €

Die Berufungsbehörde geht dabei von folgendem Sachverhalt aus:

1. Geschäftsabwicklung und Bezahlung

In den vier vorliegenden Rechnungen über N. Mobiltelefone ist die „B.GmbH“, W.H.gassexy, als Lieferant und die Bw. als Erwerber der Mobiltelefone angegeben. Die Bezahlung der Rechnungen vom 17. Juli 2002 in Höhe von jeweils 172.800,00 € brutto erfolgte bar mittels Scheck, jener vom 18. Juli 2002 und vom 23. August 2002 im Ausmaß von 51.571,00 € und von 29.520,00 € brutto erfolgte bar. Weiters war in den besagten Fakturen das Auftragsdatum prompt und die jeweiligen mit dem Rechnungsdatum identen Lieferdaten ausgewiesen und befand sich überdies ein unterschriebener Vermerk: „Ware übernommen“. Festgehalten wird auch die Geschäftsanschrift des liefernden Unternehmers in W.H.gassexy, eine Anschrift, die nach einem aktuellen Firmenbuchauszug im streitgegenständlichen Zeitraum ebenso dem Unternehmen O.-LV GmbH zuzuordnen war.

Auch die in den Rechnungen angegebenen Telefon- und Faxnummern waren nach den Eintragungen im amtlichen Telefonbuch für die O.-LV GmbH vergeben worden.

Auf Basis der von Herrn Z. übermittelten Auskünfte zur Abwicklung der Mobiltelefonlieferungen steht fest, dass es über die Eingangsumsätze der Mobiltelefone an die „B.GmbH“ und in der Folge die Umsätze an die Bw. außer den vorliegenden Rechnungen weder Verträge noch Lieferscheine gegeben hat. Herr Ö. hat die Waren mit einem PKW geliefert und einem Lagermitarbeiter der Bw. übergeben. Die Bezahlung dieser Waren erfolgte bei der Übergabe der Waren in bar. Herr Z. hat in Begleitung des Herrn Ö. die oben dargestellten Geldbeträge bei der Hausbank behoben und ihm übergeben. Die Bw. verkaufte die meisten Mobiltelefone (s. Tabelle auf S 6) umsatzsteuerpflichtig an einen Kunden in H und führte die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer an das Finanzamt ab.

2. Beteiligte an den streitgegenständlichen Umsätzen

In ihren Berufungsausführungen bezeichnete die Bw. die Aussagen des Herrn E. vom 7. November 2002, der im fraglichen Zeitraum Gesellschafter Geschäftsführer der B.GmbH war, als völlig absurd, ebenso die Annahme der Betriebsprüfung, dass der in den verfahrensgegenständlichen Rechnungen dokumentierte Lieferant nicht die B.GmbH sondern Herr Ö. gewesen sei.

E. gab dazu an, dass weder er noch seine Gesellschaft die in Rede stehenden Waren an die Bw. geliefert hätte. Ebenso wenig hätte Herr Ö. in seinem Unternehmen eine Entscheidungsbefugnis gehabt und wäre auch nie für die „B.GmbH“ unternehmerisch tätig geworden. Er kenne ihn lediglich als Lieferant. Unternehmensgegenstand sei der Einkauf von Waren aller Art insbesondere von Mobiltelefonen gewesen. Er habe auch im großen Ausmaß von Italien erworbene Mobiltelefone an diverse österreichische Kunden geliefert. Er konnte jedoch die Bw. nicht als Kunden nennen und wies überdies darauf hin, dass er sich keine Namen merke (s. Niederschrift über die Vernehmung vom 18. November 2002).

Einer Niederschrift über die Einvernahme der Frau H.D. als Zeugin vom 29. Oktober 2003 vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Auftrag des Landesgerichtes für Strafsachen Wien ist zu entnehmen, dass sie Angestellte der O.-LV GmbH gewesen ist und bei der B.GmbH weder eine Angestellten- noch eine gesellschaftsrechtliche Funktion innegehabt hatte, jedoch von Beginn an Rechnungen für Herrn Ö. erstellt hätte. Sie habe Herrn E. phonetisch sehr schlecht verstehen können, sodass hauptsächlich Herr Ö. ihr diesbezügliche Anweisungen erteilt hätte. Ihr Gehalt habe sie von ihrem Chef Herrn J. ausbezahlt bekommen und wurde ihr mitgeteilt, dass „sich die Sache mit ihrem Gehalt“ Herr J. und Herr Ö. ausgemacht habe.

Herr Ö. gab in seiner Einvernahme niederschriftlich am 20. Feber 2004 an, die Geschäfte seien von Mt. vermittelt und von ihm bzw. Mt. mit Herrn Z. abgewickelt worden. Mt. habe zum damaligen Zeitpunkt kein eigenes Unternehmen gehabt, weshalb nach Aussage des Ö. die Rechnungslegung über die B.GmbH erfolgt sei.

Das Landesgericht für Strafsachen Wien hat am 10. März 2004 Herrn Ö. für schuldig befunden, er hat in Wien von zumindest Mai 2002 bis Mai 2003 als faktischer Geschäftsführer unter anderem der „B.GmbH“ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem gesondert verfolgten C E. als Geschäftsführer der „ B.GmbH“ unter Verletzung der Verpflichtung zur Abfuhr von Mehrwertsteuern eine Verkürzung von Umsatzsteuer bewirkt, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortdauernde Einnahme zu verschaffen.

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen im Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien, geht der Senat davon aus, dass Herr Ö. und Herr E. im bewussten Zusammenwirken die in Rede stehenden Umsatzgeschäfte mit der Absicht, Mehrwertsteuern zu hinterziehen, abgewickelt hatten. Auch deuten die oben dargelegten Zeugenaussagen der Frau D klar darauf hin, dass die Beiden die Abwicklung dieser Geschäfte gemeinsam geplant haben und Herr Ö. ihr in diesem Zusammenhang wegen phonetischer Verständnisschwierigkeiten mit Herrn E. Weisungen im Zusammenhang mit der Rechnungslegung erteilt hatte.

Daraus resultiert jedoch, dass den Aussagen des E. in der Niederschrift vom 7. November 2002 nicht zu folgen war, wenn er angab sich an den vorliegenden Umsätzen nicht beteiligt und somit am Mehrwertsteuerbetrug nicht mitgewirkt zu haben.

Der Senat geht vielmehr davon aus, dass die „B.GmbH“ unter ihrem Firmennamen im Rahmen der streitgegenständlichen Umsätze nach außen hin aufgetreten ist und stützt sich dabei auf die wegen eines Lieferverzuges der „B.GmbH“ entstandene Korrespondenz zwischen der Bw. und der GmbH. Darüber hinaus hat die Bw., weil ein Nachfolgegeschäft mit der „B.GmbH“ trotz fixer Lieferzusage nicht erfüllt wurde, diese beim Bezirksgericht auf Schadenersatz geklagt. Feststeht außerdem, dass tatsächliche Warenlieferungen stattfanden, wobei Herr Ö. die Abwicklung und Fakturierung der Mobiltelefonumsätze übernommen und dabei Rechnungen der „B.GmbH“ ausstellen ließ.

Dass Frau D Angestellte des Unternehmens der O. LV GmbH war, steht für den Senat außer Zweifel. Diese Annahme hindert jedoch nicht davon auszugehen, dass Frau D im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Rechnungsausstellungen entgeltlich Arbeiten für E. und Ö. verrichtet hatte. Dies ergibt sich außerdem aus ihren eigenen Angaben, wonach sich Herr J. (ihr Chef) und Herr Ö. „die Sache mit dem Gehalt“ untereinander ausgemacht haben.

3. Rechtliche Beurteilung

Bei der Beurteilung der Frage, wem diese Lieferungen zuzurechnen waren, und ob in weiterer Folge die Lieferadresse auf den in Streit stehenden Rechnungen richtig war, ist in rechtlicher Sicht Folgendes auszuführen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 unterliegen die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, der Umsatzsteuer.

Unternehmer ist nach § 2 Abs. 1 UStG 1994, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfasst die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers.

Führt der Unternehmer Umsätze im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen aus, ist er gemäß § 11 Abs. 1 UStG 1994 verpflichtet, Rechnungen auszustellen.

Umsatzsteuerlich sind Leistungen demjenigen Unternehmer zuzurechnen, der sie im eigenen Namen erbringt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Unternehmer auf eigene oder fremde Rechnung tätig wird (VwGH 31. 1.2001, 97/13/0066). Dem Unternehmer sind auch Leistungen zuzurechnen, die er durch Arbeitnehmer, Organwalter oder offene Stellvertreter erbringen lässt (VwGH 18.12.1996, 95/15/0149).

Feststellungen im Berufungsfall haben ergeben, dass die „B.GmbH“ der Bw. am 8. August 2002 eine Terminvereinbarung hinsichtlich einer Lieferung von 2.000,00 Stück N. 8310 Mobiltelefonen für den 9. August 2002 schriftlich per Fax bekannt gegeben hatte. Darüber hinaus dokumentiert der in der Berufung wegen eines Lieferverzuges dargelegte Schriftverkehr zwischen den Rechtsanwälten Dr. H. für die Bw. und Dr. KL. für die „B.GmbH“, dass Letztere im Außenverhältnis zu einer Leistungserbringung verpflichtet war. Dass in diesem Zusammenhang Herr Ö. gegenüber der Bw. nur im eigenen Namen und nicht für die B.GmbH aufgetreten ist, geht aus dem vorliegenden Akteninhalt nicht hervor, zumal E. im Zuge seiner Selbstanzeige am 31. Oktober 2002 während der gegenständlichen USO Prüfung die Entgelte für die in Rede stehenden Mobiltelefonlieferungen erklärte und darüber hinaus Herr Ö. in der Niederschrift vom 20. Feber 2004 angab, diese Geschäfte vermittelt zu haben. Auch E. sagte aus, Herrn Ö. als Vermittler zu kennen. Hingegen verneinte er gleichzeitig, die in Rede stehenden Mobiltelefone selbst oder durch Herrn Ö. geliefert zu haben, was jedoch angesichts der Feststellungen des Landesgerichtes für Strafsachen Wien, wonach Herr Ö. zwischen Mai 2002 und Mai 2003 als faktischer Geschäftsführer der „B.GmbH“ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem ebenfalls strafrechtlich verfolgten C E. als Geschäftsführer der B.GmbH vorsätzlich eine Verkürzung von Umsatzsteuer bewirkt hat, als unglaublich zu bezeichnen war.

Letztlich konnte auf Basis der Feststellungen im Betriebsprüfungsverfahren und des Vorbringens des Geschäftsführers der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung am 24. Juni 2009 nicht glaubhaft angenommen werden, dass Herr Ö. der Bw. gegenüber im eigenen Namen aufgetreten ist, sodass die verfahrensgegenständlichen Umsätze der „B.GmbH“ zuzurechnen waren, auch wenn sie die Durchführung der Warenlieferungen und Fakturierung der Rechnungen durch Herrn Ö. erbringen hat lassen. Diese Ansicht wird zusätzlich durch die niederschriftliche Aussage des Herrn Ö. vor dem Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln und dem Finanzamt Graz Stadt im Auftrag des LG für Strafsachen Wien untermauert, wonach Herr Ö. und Mt. die besagten Lieferungen vermittelt bzw. abgewickelt hätten.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die ständige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zu verweisen, wonach sich die Person des Leistungsempfängers nach dem der Leistung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt. Von einem Leistungsbezug durch denjenigen, der im eigenen Namen und für fremde Rechnung handelt, ist auch bei Strohmanggeschäften auszugehen. Sofern der Strohmang im Sinne des § 2 UStG und im Rahmen seines Unternehmens handelt, steht es dem Strohmang zuzurechnenden Leistungsbezug nicht entgegen, dass er auf fremde Rechnung tätig geworden ist (vgl. BFH 18.2.2009, V R 82/07).

Aus der Sicht, dass die Bestimmung von Leistenden und Leistungsempfänger nach einheitlichen Grundsätzen erfolgt, waren auch aus den oben dargelegten Gründen die streitgegenständlichen Umsätze der „B.GmbH“ zuzurechnen, auch wenn im Hintergrund Herr Ö. als „faktischer Geschäftsführer“ die Organisation der Geschäfte übernommen hatte.

Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung fehlt es an der Angabe des leistenden Unternehmers, wenn eine Leistung ausgeführt worden ist, aber in der Rechnung des leistenden Unternehmens eine Firma aufscheint, die unter der angegebenen Anschrift gar nicht existiert (vgl. VwGH 24.4.1996, 94/13/0133).

Festgehalten wird, dass die B.GmbH Fax-Sendungen von der Adresse H.gassexy 16/11 versandte und darüber hinaus zumindest einmal zwischen Herrn Ö. und Herrn Z. ein persönliches Gespräch im Büro in der H.gassexy 16/11 hinsichtlich der in Rede stehenden Geschäfte stattgefunden hatte.

Der Senat zieht daraus und auch vor dem Hintergrund fehlender Feststellungen, dass an der H.gassexy 16/11 überhaupt keine Geschäftstätigkeit hinsichtlich der streitgegenständlichen Umsätze entfaltet wurde, den Schluss, dass die B.GmbH gemeinsam mit Herrn Ö. an besagter Adresse wirtschaftlich tätig geworden sind. Daran vermag der Umstand, dass zur Abwicklung der in Rede stehenden Geschäfte im streitgegenständlichen Zeitraum die Büroräumlichkeiten der O. LV- GmbH zur Nutzung zur Verfügung gestellt wurden, nichts zu ändern. Nach der Aktenlage war zweifelsohne auszuschließen, dass an dieser Anschrift zur Verschleierung von Personen und Ort der tatsächlichen Geschäftstätigkeit nur eine Postadresse bestanden hatte.

Fest steht, dass weder Herr Ö. für die „B.GmbH“ noch diese selbst hinsichtlich der in Rede stehenden Umsätze eine Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt hat. Herr Ö. bekannte sich in der Hauptverhandlung vor dem Landesgericht für Strafsachen Wien schuldig.

Herr E. hat sich einer Verfolgung in Österreich im März 2003 durch Flucht nach Italien entzogen (vgl. Abschlussbericht der Prüfungsabteilung Strafsachen Graz vom 29.11. 2003).

4. Vorsteuerabzug

Hinsichtlich der Beurteilung des Rechts auf Vorsteuerabzug ist auf § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 zu verweisen, nach dem der Unternehmer die von einem anderen Unternehmer in einer Rechnung (§11) an ihn gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, als Vorsteuer abziehen kann.

Eine Rechnung muss die in § 11 Abs. 1 UStG 1994 angeführten Angaben enthalten, darunter auch den Namen und die Anschrift des leistenden oder liefernden Unternehmers. Diese Angaben dienen einerseits der Kontrolle, ob der Leistungsempfänger eine zum

Vorsteuerabzug berechtigende Leistung von einem anderen Unternehmer erhalten hat, bzw. andererseits der Sicherstellung der Besteuerung beim leistenden Unternehmer.

Im Berufungsfall nimmt der Senat es als glaubhaft an, dass Herr Ö. im Namen der „B.GmbH“ sämtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der Geschäftsabwicklung der gegenständlichen Mobiltelefonlieferungen getroffen hatte und die GmbH somit nach außen hin unternehmerisch tätig geworden ist. Die in den besagten Rechnungen als leistendes Unternehmen angeführte „B.GmbH“ war demzufolge als richtig zu bezeichnen.

Was den Namen und die Anschrift des leistenden Unternehmers anbelangt, ist von der Überlegung auszugehen, dass diese Angaben einerseits der Kontrolle dienen, ob der Leistungsempfänger eine zum Vorsteuerabzug berechtigende Leistung von einem anderen Unternehmer erhalten hat, bzw. andererseits der Sicherstellung der Besteuerung beim leistenden Unternehmer. Auch die Angabe "nur" einer falschen Adresse wird dabei vom VwGH nicht als "kleiner", dem Vorsteuerabzug nicht hinderlicher Formfehler angesehen. Eine ungültige Rechnungsadresse im Zeitpunkt der Rechnungslegung vereitelt daher den Vorsteueranspruch, selbst wenn die der Rechnung zugrunde liegende Leistung tatsächlich von einem Unternehmer erbracht wurde (vgl. VwGH 10.8.2005, 2005/13/0059; 1.6.2006, 2004/15/0069; bzw. betreffend die gleichlautende Bestimmung im UStG 1972 vom 26.9.2000, 99/13/0020; 25.4.2001, 98/13/0081; 1.6.2006, 2002/15/0174).

Auch der BFH hat betreffend den Vorsteuerabzug wiederholt entschieden, dass Rechnungsaussteller und leistender Unternehmer grundsätzlich identisch sein müssen, weshalb die Angaben im "Abrechnungspapier" eine eindeutige und leicht nachprüfbare Feststellung des leistenden Unternehmers ermöglichen müssen. Hierzu ist die Angabe der zutreffenden Anschrift erforderlich, wobei der Abzug der in einer Rechnung einer GmbH ausgewiesenen Umsatzsteuer nur möglich ist, wenn die GmbH die in der Rechnung ausgewiesenen Umsätze ausgeführt hat und wenn diese Voraussetzungen anhand der Angaben in der Rechnung durch die Finanzverwaltung nachgeprüft werden können. Davon ist nicht auszugehen, wenn der in der Rechnung angegebene Sitz der GmbH bei Ausführung der Leistung und bei Rechnungsstellung tatsächlich nicht bestanden hat (vgl. BFH Beschluss 31.1.2002, V B 108/01).

Bezüglich der Gemeinschaftsrechtskonformität und des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes geht der EuGH etwa in seinem Urteil vom 27.9.2007, C-184/05, Twoh, davon aus, dass derjenige, der sich auf ein Recht beruft, dieses auch beweisen muss, woraus sich für die Frage des Vorsteuerabzuges ergibt, dass der Leistungsempfänger die Berechtigung mittels Rechnung nachweisen muss. Da die Angabe einer falschen Adresse des Lieferanten bzw. Leistenden die Erhebung bzw. Überprüfung der Mehrwertsteuer unmöglich macht, muss dieser Mangel zum Verlust des Vorsteuerabzuges führen. Wenn damit für

Zwecke des Vorsteuerabzuges auf eine formgerechte Rechnung abgestellt wird, so widerspricht dies dem Gemeinschaftsrecht weder aus formeller Sicht noch aus Sicht der Verhältnismäßigkeit.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Aktenlage, dass es an der Adresse H.gassexy 16/11 im Zusammenhang mit den in Streit stehenden Warenlieferungen zu einer unternehmerischen Tätigkeit gekommen ist und insofern der in der Rechnung in den streitgegenständlichen Monaten angegebene Sitz der GmbH weder als nicht existent noch als unrichtig zu beurteilen war.

Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Gutgläubigkeit des Leistungsempfängers in Karussellfällen zu prüfen. Der EuGH entschied in den Rechtssachen Optigen (12.1.2006, Rs. C-354/03), Kittel (6.7.2006, Rs C-439/04 und C-440/04) und Federation of Technological Industries (11.5.2006, Rs. C- 384/04), dass im Mehrwertsteuersystem des Binnenmarkts ein Vertrauensschutz eingreift, wenn der Erwerber weder wusste noch wissen musste, dass er an einem Umsatzsteuerkarussell beteiligt war und somit als steuerehrlich zu bezeichnen ist. Der Vorsteuerabzug ist ungeachtet vorhergehender Steuerbetrugsszenarien oder nicht abgeführter Mehrwertsteuer zu gewähren, wenn der Leistungsempfänger alle Maßnahmen getroffen hat, die vernünftigerweise verlangt werden können, um sicherzustellen, dass die Umsätze nicht in einen Betrug einbezogen sind. Daraus folgt, dass einem Steuerpflichtigen, der von einem von einem anderen an der Lieferkette Beteiligten verübten Mehrwertsteuerbetrug Kenntnis gehabt hat oder zumindest haben konnte, ein Vorsteuerabzug nicht zusteht.

Im Berufungsfall ist unstrittig, dass weder Herr Ö. für die „B.GmbH“ noch diese selbst die in den verfahrensgegenständlichen Fakturen in Rechnung gestellten Umsatzsteuerbeträge an das Finanzamt abgeführt hat. Die in diesem Zusammenhang getroffenen landesgerichtlichen Feststellungen, wonach Herr Ö. von Anbeginn beabsichtigte, keine Umsatzsteuer abzuführen, um darüber hinaus an unberechtigten Vorsteuerabzügen zu partizipieren bestätigen, dass die streitgegenständlichen Mobiltelefonlieferungen an die Bw. im Zusammenhang mit einem Mehrwertsteuerbetrug gestanden sind.

Auf Grund der Gutglaubensjudikatur des EuGH darf jedoch ein Leistungsempfänger darauf vertrauen, sein Recht auf Vorsteuerabzug nicht zu verlieren, wenn er alle Maßnahmen getroffen hat, die von ihm erwartet werden können, um überzeugt zu sein, dass die einzelnen Abrechnungsmerkmale der Wirklichkeit entsprechen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob im Sinne vorstehender Ausführungen der Bw. ein solcher Vertrauensschutz zukommt, sie somit auf die Rechtmäßigkeit der Umsätze vertrauen konnte und ob im Ergebnis davon auszugehen war, dass die Bw. von den

Mehrwertsteuerhinterziehungen nichts wusste bzw. nichts wissen hätte können, ist auszuführen:

Nach dem festgestellten Sachverhalt war jedenfalls auszuschließen, dass die Bw. vom Mehrwertsteuerbetrug wusste, zumal keine Unterlagen auf klare Vereinbarungen der Lieferfirma oder eines vorgeschalteten Unternehmens über ein Umsatzsteuerkarussell hinweisen.

Die Bw. hat im März 2002 ihre unternehmerische Tätigkeit begonnen, sie hat sich somit in den verfahrensgegenständlichen Monaten Juli und August 2002 in einer Anfangs- bzw. Aufbauphase befunden. Nach der Aktenlage hat sie mit der B.GmbH über Herrn Ö. Kontakt aufgenommen, Herr Z. führte mit diesem einmal in der H.gassexy 16/11 persönliche Verhandlungen, ohne jedoch zu hinterfragen, ob Herr Ö. für die B.GmbH zeichnungsberechtigt war.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat am 24. Juni 2009 legte Herr Z. glaubwürdig dar, dass die Bw. Mobiltelefone an Unternehmen wie zB M., P, Ä. und Nm. liefert. Die Bw. bestellt ein bestimmtes Produkt bei N., wenn diese besagten Unternehmen genau dieses Produkt in einer Aktion beworben haben. Für den Fall, dass diese Werbemaßnahme sehr gut ankommt, werden innerhalb eines Tages oder zwei Tagen weitere 500 Stück Mobiltelefone benötigt, die die Bw. nun nicht bei N. einkauft, sondern bei anderen Lieferanten, die genau dieses Produkt gerade lagernd haben. Herr Z. kontaktiert diese Unternehmen über e-mail und es gibt mit diesen - falls Geschäfte zustande kommen - keine Einkaufsverträge. Die bei den Großhändlern eingekauften Mobiltelefone werden zum Teil preislich günstiger als im Falle ihrer Bestellungen bei N. eingekauft. Eine solche Vorgehensweise ist deshalb möglich, weil die Nachfrage nach einem bestimmten Modell in Deutschland und in Österreich oft nicht ident ist. Glaubwürdig ist in diesem Zusammenhang auch die Ausführung des steuerlichen Vertreters der Bw., wenn er auf das Bestehen von Tagesgeschäften hinweist, wonach die Bw. erst dann Mobiltelefone einkauft, wenn sie einen Händler als Abnehmer hat.

In dieser Art wendet sich Herr Z. auch heute noch, wenn die Bw. dringend eine größere Lieferung von Mobiltelefonen benötigt, an andere Großhändler und wickelt die Geschäfte vergleichbar mit jenen im Berufungsfall ab.

Die Dringlichkeit dieser Aktionsgeschäfte erfordert es zudem, dass die Waren am selben oder am nächsten Tag weiterverkauft werden und sich die Unternehmen M., P und Ä. in solchen Fällen auf die Bw. verlassen. Hierbei geht es in erster Linie um eine von der Bw. zu erbringende Dienstleistung an vorgenannte Unternehmen, zumal die Nachlieferung weniger Gewinn bringt.

Der Senat hält dieses Vorbringen für glaubwürdig und nimmt an, dass es zu den handelsüblichen Usancen in dieser Branche gehört, wenn die Bw. die oben beschriebenen Produkteinkäufe auch mit anderen Großlieferanten als N., P etc durchführt und stützt sich in diesem Zusammenhang auf die in der Vorhaltsbeantwortung vom 18. Juni 2009 angegebene Höhe dieser Mobiltelefonumsätze, die in dieser Art ohne Einkaufsverträge lediglich per mail und überdies in Form von „Barzahlungen“ mit Großhändlern abgewickelt wurden (2004: 2,197.267,00 €, 2005 2,684.456,00 €, 2006: 2,794.885,00 € und 2007: 2,204.692,00 €.). Auch ist dem Akteninhalt zu entnehmen, dass die Bw. bei den streitgegenständlichen Mobiltelefonlieferungen an ihre Kunden einen Aufschlag pro Mobiltelefon in Höhe von 7,00 € erhielt und stimmt diese Feststellung insofern mit den Angaben des Herrn Z. in der mündlichen Verhandlung überein, wonach für die Bw. diese „Nachlieferungen“ lediglich bei größerem Umfang gewinnbringend seien.

Vor diesem Hintergrund konnte im Berufungsfall nicht mehr angenommen werden, dass die Abwicklungsweise der Geschäfte mit der „B.GmbH“ per mail, fernmündlich und im Wege der Barzahlung aus der Sicht der Bw. ungewöhnlich ist. Vielmehr muss angesichts des glaubhaft dargelegten, durch Umsatzzahlen untermauerten Vorbringens in der mündlichen Verhandlung davon ausgegangen werden, dass es in dieser Branche handelsüblich ist, Geschäfte im Bedarfsfall mit Großlieferanten in der beschriebenen Weise durchzuführen. Da die Bw. diese Art der Abwicklung der Geschäfte nach wie vor im großen Ausmaß mit anderen Großlieferanten praktiziert, war es glaubhaft anzunehmen, dass sie in den verfahrensgegenständlichen Geschäftsfällen keinen Verdacht auf einen Betrugsfall geschöpft hat.

Wenn auch die berufsgegenständlichen Geschäftsfälle geballt in einem kurzen Zeitraum stattgefunden haben, so ist im Ergebnis festzustellen, dass die Höhe der von der Bw. in den Folgemonaten und Folgejahren versteuerten Umsätze nicht geringer sondern im Gegenteil diese gestiegen sind, und auch aus diesem Grund keine außergewöhnliche Umsatzentwicklung in den streitgegenständlichen Monaten erkannt wird.

Dass die Bw. keinerlei Lieferverträge mit der B.GmbH hatte, war somit aus dieser Sicht nicht als Indiz für ein „Kennen müssen“ eines Umsatzsteuerbetruges zu werten. Auch angesichts des Eintritts eines Haftungs- oder Reklamationsfalles führt die Tatsache, dass das Unternehmen N. eine europaweite Garantie anbietet, zu keiner Sorgfaltspflichtverletzung durch die Bw, wenn sie sich in diesem Zusammenhang nicht durch schriftliche Verträge mit den Großhändlern absicherte.

Zum Vorwurf der Betriebsprüfung, dass die Bw. die vier verfahrensgegenständlichen Rechnungen bar bezahlt hatte, führte Herr Z. unter Hinweis auf die in der Vorhaltsbeantwortung vom 18. Juni 2009 angegebene Höhe der bar bezahlten Umsätze aus,

dass Barzahlungen, sofern keine langjährige Geschäftsbeziehung vorliege, branchenüblich seien.

Der Prüfer stimmte den Ausführungen des Herrn Z. in diesem Punkt zu, als er eine Barzahlung in der Mobiltelefonbranche als nichts unübliches beurteilte, betonte hingegen, dass die Bw. bei ihrer Erstkontaktaufnahme mit einem neuen Geschäftspartner sehr wohl eine erhöhte Sorgfaltspflicht getroffen hätte.

Der Senat geht in dieser Hinsicht davon aus, dass es den branchenüblichen Gepflogenheiten entspricht, Mobiltelefone größeren Umfanges gegen Barzahlung zu liefern. Wenn der Prüfer in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die Bw. im vorliegenden Fall bei der ersten Kontaktaufnahme eine höhere Sorgfalt anzuwenden gehabt hätte, so war die Argumentation des Herrn Z. insoweit nachzuvollziehen, als ein Unternehmer gerade durch Barzahlungen die Sicherheit hat, das Geld auch tatsächlich zu bekommen. Diese Sicht wird insbesondere dadurch, dass das wirtschaftliche Ergebnis eines Jahres bei Lieferungen größerer Mengen und der Möglichkeit, dass ein Geschäftspartner in Konkurs gerät und nicht mehr bezahlt, entscheidend negativ beeinflusst wird, bekräftigt.

Ob die Bw. im streitgegenständlichen Zeitraum, ihre kaufmännische Sorgfaltspflicht verletzt hatte, da sie in der Aufbauphase ihres Unternehmens keine EDV-Ausstattung zum Einscannen der „IMEI-Nummern“ angeschafft hat, ist wohl aus dem Grund zu verneinen, dass auch eine aus wirtschaftlichen Überlegungen angestellte kaufmännische Entscheidung eine Sorgfaltspflicht darstellt, die gerade in der Aufbauphase eines Unternehmens zu treffen sein wird.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Bw. in den Jahren 2002 bis 2004 Millionenumsätze ausfuhrte und dabei auch von anderen Lieferanten Lieferungen großen Umfangs gegen Barzahlung erhalten hatte. Dass in vielen dieser Fälle das Unternehmen der Lieferanten nicht an der in der Rechnung aufscheinenden Lieferanschrift aufgesucht wird, entspricht dabei einer handelsüblichen Vorgangsweise, zumal derartige Unternehmensbesuche den Wirtschaftsverkehr im Normalfall unverhältnismäßig erschweren würden, was auch durch die Angaben des Herrn Z. in der mündlichen Verhandlung glaublich bestätigt wurde.

Daraus resultiert jedoch, dass die Bw. bei der erstmaligen Geschäftsaufnahme mit der „B.GmbH“ über Herrn Ö. insofern ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen ist, als sie ihren Lieferanten an der Rechnungsadresse aufgesucht hatte.

Die bereits erwähnten schriftlichen Fax-Sendungen und das persönliche Gespräch mit Herrn Ö. sowie der ins Treffen geführte anwaltliche Schriftverkehr hinsichtlich eines Lieferverzuges bestätigen, dass es sich bei dieser Adresse um keine Scheinadresse gehandelt hat und die Bw. auch darauf vertrauen konnte, mit der „B.GmbH“ zu kontrahieren. Dass Herr Ö. im eigenen Namen aufgetreten ist, war nicht festgestellt worden, sodass es auch den üblichen

handelsüblichen Gepflogenheiten in der Mobiltelefonbranche entsprochen hatte, dass die Bw. in weiterer Folge ihre Geschäftsabschlüsse mit der „B.GmbH“, telefonisch mit Herrn Ö. vereinbarte und ist ihr daraus keine Verletzung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes vorzuwerfen.

Die in diesem Zusammenhang mehrmals ins Treffen geführte Einsichtnahme in das Firmenbuch und die Überprüfung der UID Nummer sind als branchenübliche Kontrollmaßnahmen zu werten, die von einem vernünftigen Unternehmer auch ohne Vorliegen besonderer Verdachtsmomente jedenfalls gesetzt werden und war diese Überprüfung im konkreten Fall nicht allein für die Annahme der Gutgläubigkeit der Bw. ausschlaggebend.

Dazu kommt, dass bei den gegenständlichen Warenlieferungen die Bw. bzw. ihre Kunden stets den gesamten Kaufpreis und nicht nur die Umsatzsteuer bezahlt hatten. Die gewählte Geschäftsgestaltung ist somit auch dadurch geprägt, dass die Bw. den gesamten Erwerbspreis und somit ihrer Lieferantin in diesem Ausmaß liquide Mittel zukommen ließ.

Zusammenfassend vermag der Berufungssenat jedenfalls nicht zu erkennen, welche Maßnahmen die Bw. unterlassen hat, die sie vernünftigerweise treffen hätte müssen, um sicher zugehen, dass ihre Umsätze nicht Teil eines Umsatzsteuerbetrugs sind, sodass die Bw. auf Grund der vorliegenden Geschäftsabwicklung jedenfalls nicht wusste oder wissen musste, dass die streitgegenständlichen Mobiltelefonlieferungen im Zusammenhang mit Umsatzsteuerhinterziehungen gestanden sind.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Beilagen:

1 Berechnungsblatt für die Umsatzsteuer 2003

1 Niederschrift über die Berufungsverhandlung

Wien, am 2. Juli 2009